

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FLÁVIA MACHADO DE SOUZA

ATO ADMINISTRATIVO: DEVER DE CONVALIDAR

**CURITIBA
2010**

FLÁVIA MACHADO DE SOUZA

ATO ADMINISTRATIVO: DEVER DE CONVALIDAR

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA MACHADO DE SOUZA

ATO ADMINISTRATIVO: DEVER DE CONVALIDAR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Romeu Felipe Bacellar Filho

Orientador

Angela Cassia Costaldello

Primeiro membro

Adriana da Costa Ricardo Schier

Segundo membro

Curitiba, 09 de novembro de 2010

Dedico este trabalho à minha família por todo apoio e carinho a mim despendidos, sempre me impulsionando nas decisões mais difíceis. Também, ao meu marido, companheiro de doze intensos anos de alegrias, tristezas e muito amor. Finalmente, às minhas queridas amigas Cintia, Esperança e Kátia, pelo apoio e motivação nos momentos mais críticos e pelas infindáveis risadas que recarregaram as energias para seguir sempre em frente.

“Você deve ser a própria mudança que deseja ver no mundo.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central a demonstração de que, quando possível a convalidação, esta se torna obrigatória. Para tanto, primeiro será realizado um estudo da teoria geral do ato administrativo em relação ao seu conceito, elementos, existência, validade e eficácia, invalidade e possibilidade de convalidação. A conceituação do ato administrativo configura-se como uma árdua tarefa diante da ausência de disciplina legal e de sua realidade complexa, não sendo possível a construção de um conceito uno. Sua decomposição em elementos ou requisitos apresenta importância quanto à configuração de sua validade ou invalidade e possibilidade de convalidação, já que os atos administrativos podem apresentar vícios em qualquer de seus elementos e, dependendo da possibilidade de saneamento deste vício de forma com que o ato apresente a sua eficácia original, mostra-se possível ou não a convalidação. Relevante também, o exame dos planos da existência, da validade e da eficácia, bem como a distinção entre eles como forma de saber que os vícios dos elementos constituintes do ato interferem em cada um destes planos de forma diversa, podendo levar à sua inexistência, invalidade ou ineficácia. A discussão quanto à possibilidade de aplicação da teoria das nulidades do direito civil para o direito administrativo e a classificação dos atos inválidos contribuem para a compreensão de que nem todas as invalidades são passíveis de convalidação, o que dependerá do grau de repulsa que o vício apresenta para o direito. Por fim, a análise dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé leva à conclusão de que a melhor opção diante de um ato inválido sanável é a convalidação, pois representa a restauração da legalidade perdida pelo vício, ao mesmo tempo em que garante a segurança jurídica e a boa-fé.

Palavras-chave: Ato administrativo. Invalidade. Convalidação. Dever de convalidar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TEORIA DO FATO E ATO JURÍDICO	9
3 ATOS ADMINISTRATIVOS	12
3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO	12
3.2 CONCEITO	13
3.2.1 Atos administrativos e atos da administração	16
3.3 ELEMENTOS OU REQUISITOS	17
3.3.1 Competência	19
3.3.2 Forma	21
3.3.3 Objeto	23
3.3.4 Motivo	25
3.3.5 Finalidade	27
4 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	29
4.1 PLANO DA EXISTÊNCIA	29
4.2 PLANO DA VALIDADE	31
4.3 PLANO DA EFICÁCIA	32
5 INVALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	35
5.1 ATO INEXISTENTE	41
5.2 ATO NULO	42
5.3 ATO ANULÁVEL	43
5.4 ATO IRREGULAR	45
6 CONVALIDAÇÃO	46
6.1 NOÇÃO INICIAL	46
6.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	50
6.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	52
6.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	53
6.6 DEVER DE CONVALIDAR	54
7 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

O estudo do ato administrativo ainda hoje é cercado de muita polêmica e posicionamentos controversos. Muito se discute acerca de qual o seu conceito, quais os elementos que o compõe, de que forma deve ser construída sua teoria de invalidades, se é possível a convalidação ou não, resultando em uma difícil tarefa sistematizar as posições e discussões relacionadas ao tema em algumas páginas.

Ciente da dificuldade do que se propõe e visando à demonstração final do dever de convalidar o ato administrativo eivado de vício sanável, o presente trabalho foi dividido em cinco partes, além da introdução e conclusão.

Na primeira parte serão esboçadas as linhas gerais da teoria dos fatos e atos jurídicos como forma de melhor compreender o ato administrativo, que se mostra como espécie do gênero ato jurídico. Para tanto será exposto um resumo da teoria de Pontes de Miranda e algumas críticas a ela dirigida.

Na segunda parte será estudado o ato administrativo propriamente dito através dos conceitos formulados por alguns renomados autores, tendo sempre em mente a posição trazida por Antônio Carlos Cintra do Amaral de que não se pode julgá-los como verdadeiros ou falsos, apenas como úteis ou inúteis. Nesta parte também serão expostos seus elementos componentes, utilizando-se, para tanto, do rol constante no artigo 2º da Lei de Ação Popular (nº 4.717, de 29 de junho de 1965) - competência, forma, finalidade, motivo e objeto -, realizando a explicação de algumas outras divisões a que os autores se propõem.

Na terceira parte serão expostos os planos da existência, da validade e da eficácia, de suma importância para compreensão da invalidade e de qual a consequência dos vícios.

Na quarta parte serão examinadas invalidades a que se submetem os atos administrativos. Ponto onde reside muito controvérsia em diversos aspectos, desde a possibilidade de utilização da teoria das nulidades do direito civil até quais e quantos são os graus de invalidade. Diante disso, optou-se pela confrontação das diversas posições apresentadas pelos autores para, depois, discorrer sobre os graus de invalidade sob a rubrica de atos inexistentes, atos nulos, atos anuláveis e atos irregulares, buscando-se abranger a maior gama possível de posicionamentos dentro de cada um.

Finalmente, na quinta e última parte será abordada a convalidação como forma de validar os efeitos de um ato, ou o próprio ato, inválido. Para tanto, serão resgatados os elementos que, aqui, apresentarão vícios passíveis ou não de serem corrigidos. Por fim, será mostrada a discussão a respeito do dever de convalidar, utilizando-se dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé.

2 TEORIA DO FATO E ATO JURÍDICO

Antes de adentrar no estudo do ato administrativo propriamente dito, importante discorrer, em linhas gerais, sobre a teoria do fato e ato jurídico, já que parece pacífico para a doutrina pátria que o ato administrativo mostra-se, com as suas destacadas particularidades, como uma espécie de ato jurídico.¹

Segundo a teoria de Pontes de Miranda, o fato, como evento da natureza, é tomado pela norma jurídica em um sentido que seja útil às relações sociais. Alguns são selecionados, juntamente com outras circunstâncias consideradas importantes, e passam a constituir o suporte fático. Quando há incidência sobre o suporte fático, os fatos de maior relevância nele contido são transportados para o mundo jurídico e, assim, passam a constituir os chamados fatos jurídicos.²

Para que o fato jurídico seja considerado um ato jurídico *lato sensu* é necessário que no cerne de seu suporte fático haja uma manifestação consciente de vontade que vise a um resultado protegido ou não proibido pelo direito e possível.³

O ato jurídico *lato sensu*, por sua vez, pode ser dividido em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. O ato jurídico *stricto sensu* é aquele no qual a eficácia vem pré-fixada na lei e se realiza sem que a vontade possa exercer qualquer margem de escolha sobre ela. Neste caso, a manifestação da vontade

¹ Miguel Seabra Fagundes entende que os atos administrativos não são, necessariamente, atos jurídicos. Para ele, quando modificam uma situação jurídica podem ser considerados atos jurídicos, entretanto, quando se trata de um ato com finalidade declaratória, que não objetiva a produção de um efeito específico, somente sendo possível falar em eficácia diante da produção de um ato ulterior, está-se diante de um ato sem efeito jurídico. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

² MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-67.

Se, após a incidência sobre o suporte fático, a norma deixar de existir, o fato jurídico continua existente até que seja desconstituído por outro fato jurídico ou por uma norma jurídica. MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68-69.

³ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143.

presta-se apenas para a produção dos efeitos estipulados pela lei, não sendo possível sua modificação, ampliação, redução ou retirada.⁴

Já no negócio jurídico a manifestação de vontade se presta a, além de compor o suporte fático, obter efeitos jurídicos predeterminados ou escolher as categorias jurídicas que possibilitem uma melhor estruturação eficaz das relações emergentes.⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello discorda que a diferença entre ato e fato jurídico resida na manifestação consciente de vontade orientada para a produção de efeitos jurídicos do ato.⁶ Para ele, ato jurídico seria a prescrição de como determinada coisa ou situação deverá ser; já o fato jurídico não prescreveria nada, simplesmente ocorreria.⁷

Carlos Ari Sundfeld leciona no mesmo sentido de Celso Antônio ao afirmar que a diferenciação entre ato e fato jurídico não pode residir na manifestação da vontade. O ato jurídico seria, ensina ele, caracterizado pela “aptidão para regular comportamentos ou qualificar situações”, tendo significado de norma jurídica; ao passo que o fato jurídico seria uma correspondência concreta do que esta abstratamente previsto na norma.⁸

Miguel Reale discorda dos dois autores citados e entende que a “teoria dos fatos e atos jurídicos é comum, quanto aos princípios gerais, a todos os domínios do Direito [...] sem prejuízo, é claro, da existência de requisitos peculiares aos diversos setores de sua aplicação”.⁹ Assim, sua aplicação ao direito administrativo mostra-se viável desde que respeitadas as peculiaridades deste ramo do direito.

A distinção entre fato e ato jurídico, seja qual for o posicionamento adotado, mostra-se importante para o Direito Administrativo porquanto leva a conseqüências

⁴ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162-163.

⁵ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 368.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 370.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 13-14

⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 203.

diversas conforme se trate de um ou de outro. O ato administrativo, por exemplo, se sujeita à anulação ou revogação, já o fato administrativo não.¹⁰ Também deve ser destacado que a presunção de legitimidade¹¹ diz respeito apenas aos atos administrativos, não sendo possível sua aplicação aos fatos administrativos.¹²

¹⁰ No mesmo sentido entende GORDILLO, ao afirmar que a “[...] *diferencia que puede recogerse entre actos e hechos es que los primeros reciben como primera sanción La nulidad ou anulación, mientras que los segundos no se anulan sino que generan em todo caso responsabilidad de la administración o, com suerte, uma sentencia de condena a realizar acciones o prestaciones determinadas*”. GORDILLO, Agustin. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. III-10

¹¹ “Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 413.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 370-371.

3 ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO

A necessidade de elaborar um tratamento normativo específico para os atos administrativos surge com o próprio direito administrativo, após a Revolução Francesa¹³, visando à limitação da Administração Pública através do princípio da legalidade como forma de garantir os direitos e as liberdades individuais.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, foi a Lei 16, de 24 de agosto de 1790, do ordenamento francês, que primeiro trouxe expressos os atos da Administração Pública.¹⁴ Carlos Bastide Horbach acrescenta a previsão dos atos administrativos na Constituição Francesa de 1791, pouco tempo após a Lei 16, com a seguinte redação: “os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais”. Para ele, assim, as primeiras menções históricas ao ato administrativo ocorrem no sentido de ato oriundo da função administrativa que não se submete aos outros poderes, sendo, portanto, consequência da teoria da separação dos poderes e da jurisdição administrativa própria.¹⁵

Já na doutrina, de acordo com os ensinamentos de Di Pietro, a primeira vez em que se trouxe a definição de ato administrativo foi no Repertório Merlin de Jurisprudência, na edição de 1812, expressa nos seguintes termos: “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”.¹⁶ De

¹³ Alguns autores, como Jean-Louis Mestre e Alexis Tocqueville, sustentam que o Direito Administrativo pode ser evidenciado desde o Estado Absolutista, ou seja, antes mesmo da Revolução Francesa estariam presentes seu substrato formal e material. HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28-29.

¹⁴ Segundo a Lei 16, de 24/08/1970, “as funções judiciárias são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”.

¹⁵ HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-30.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 191.

acordo com Odete Medauar, foi neste Repertório em que apareceu pela primeira vez a expressão ato administrativo.¹⁷

Em relação à doutrina pátria, José Cretella Júnior expõe que o primeiro autor brasileiro a utilizar a expressão ato administrativo foi Veiga Cabral em sua obra *Ensaio sobre direito administrativo*, de 1862, na qual são elencados como requisitos para a caracterização de um ato administrativo ter como origem uma autoridade administrativa e versar sobre matéria administrativa.¹⁸

3.2 CONCEITO

Selecionar um conceito de ato administrativo mostra-se uma tarefa árdua na medida em que não há uma definição legal no ordenamento pátrio e nem uma uniformidade em relação à eleição, por parte dos doutrinadores, de características consideradas importantes para sua construção.

De acordo com Antonio Carlos Cintra do Amaral, existem conceitos colocados de forma explícita dentro do ordenamento jurídico, outros que não estão explícitos, mas podem ser extraídos do ordenamento e, ainda, aqueles aos quais cabe ao cientista do direito a sua formulação, pois não são extraíveis e nem explícitos no ordenamento jurídico.¹⁹ O conceito de atos jurídicos, para este autor, pertence a esta última categoria de conceitos, não sendo possível dizer se é verdadeiro ou falso, apenas se é útil ou inútil. Para ele, ato administrativo é uma espécie de ato jurídico e seu conceito pode ser expresso da seguinte forma: “ato administrativo é a norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos, diretamente na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal”.²⁰

¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: teoria do ato administrativo. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 40.

¹⁹ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 7.

²⁰ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 8.

Para Marcello Caetano ato administrativo representa uma “conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto”.²¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² e Miguel Seabra Fagundes²³ adotam, para fins de conceituação do ato administrativo, os critérios formal ou subjetivo e material ou objetivo. Para eles, em sentido formal, atos administrativos seriam aqueles emanados de órgãos administrativos (Poder Executivo), excluindo-se os oriundos dos órgãos legislativos e judiciários. As críticas a que se submete este critério dizem respeito ao fato de restringir o conceito ao excluir as atividades administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário e de ampliá-lo ao incluir os atos da Administração, que serão tratados adiante e, muitas vezes, se sujeitam a regime jurídico diverso do administrativo. Já em sentido material, ato administrativo seria aquele praticado de acordo com a função administrativa²⁴, independente de ter como origem um órgão executivo, legislativo ou judiciário (o primeiro no exercício de sua função típica e os dois últimos de suas funções atípicas). Assim como o critério formal, este também peca por incluir sob a rubrica dos atos administrativos alguns atos submetidos a diverso regime jurídico.

Hely Lopes Meirelles entende que ato administrativo “é toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. Para o jurisperito, o conceito de ato administrativo deve ser, basicamente, o mesmo do ato jurídico, distinguindo-se apenas pela realização do interesse público.²⁵ Na mesma senda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que ato administrativo é “a manifestação unilateral de vontade da administração pública, que tem por objetivo constituir, declarar,

²¹ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008, p. 99.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 193.

²³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-33.

²⁴ De acordo com Di Pietro, função administrativa é aquela que “caracteriza-se por prover de maneira **imediate e concreta** às exigências individuais ou coletivas para satisfação dos interesse públicos preestabelecidos em lei”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 193.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152.

confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”.²⁶

Marçal Justen Filho não concorda que os conceitos acima expostos sejam os mais adequados devido à transposição de uma definição de ato jurídico em geral, que trazia o Código Civil de 1916²⁷, para o direito administrativo, trazendo um conceito de direito privado para o direito público.²⁸ Miguel Reale também discorda dos conceitos em relação às finalidades de “constituir, reconhecer ou modificar situações jurídicas privadas”, pois entende que deve ser dado relevo à consecução dos fins e interesse trazidos pela lei, o que pode gerar conseqüências diretas nas situações jurídicas privadas, sem ser este, porém, o seu principal fim.²⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello traz que ato administrativo, de forma mais restrita, é uma

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional³⁰

José dos Santos Carvalho Filho, visualizando o problema a respeito da diversidade de conceitos expostos pela doutrina, propõe a identificação de três pontos que considera essenciais para a caracterização do ato administrativo, expressos da seguinte forma:

Em primeiro lugar é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda esta categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.³¹

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.

²⁷ O Código Civil de 1916 trazia, em seu artigo 81, a seguinte definição de atos jurídicos: “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito”

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

²⁹ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 25

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 382.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 94.

A divergência e a pluralidade na conceituação de ato administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello atribui à falta de definição legal. Cada autor reputa importante salientar determinados “traços de afinidade” para que um ato específico seja considerado administrativo, divergindo quanto à importância e ao número deles. Assim como Antonio Carlos Cintra do Amaral, ele entende que nenhum conceito formulado sobre ato administrativo pode ser considerado verdadeiro em detrimento dos outros, cabendo ao jurista apenas delimitar o objeto do qual tratará sob o nome de ato administrativo.³²

3.2.1 Atos administrativos e atos da administração

Para melhor compreensão do que estaria abarcado pela aceção atos administrativos, estes devem ser diferenciados, ainda que sucintamente, de atos da administração, o que Romeu Felipe Bacellar Filho realiza de forma bastante clara:

O ato administrativo é gerado quando o administrador público, agindo nesta qualidade, sob um regime jurídico público, manifesta uma declaração de vontade em nome da Administração. Quando o administrador pratica atos não regulados pelo regime jurídico público, mas no interesse da Administração Pública, está a exercer atos jurídicos, que podem ser denominados de “atos da administração”.³³

Augustin Gordillo recusa-se a realizar a divisão entre atos administrativos e atos da Administração por entender que um ato praticado no exercício da função administrativa deve ser considerado como ato administrativo, mesmo que dele emane efeitos que, de alguma forma, possa se enquadrar no âmbito do direito privado.³⁴ Celso Antônio compreende esta postura e defende ser apenas um

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371-372.

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende a expressão sob outro enfoque. Para ela, “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração”. Assim sendo, os atos da administração compreenderiam uma série de atos entre os quais se enquadrariam os atos administrativos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190-191.

³⁴ GORDILLO, Augustin. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. II-34.

posicionamento sistemático a inclusão dos atos regidos pelo direito privado no âmbito dos atos administrativos, tão coerente quanto a sua opção pela não inclusão.³⁵

3.3 ELEMENTOS OU REQUISITOS

O estudo dos elementos ou requisitos do ato administrativo é determinante para a sua compreensão, porém, assim como acontece em relação à formulação do conceito, não há concordância entre os autores quanto aos critérios de identificação, classificação ou mesmo de divisão deles. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a divergência existente entre os autores em relação ao número dos requisitos ocorre devido à pluralidade de terminologias ou mesmo ao agrupamento ou não de certos aspectos em um único requisito.³⁶

Celso Antônio ressalta que a expressão usual elementos do ato administrativo não é a mais adequada por sugerir uma “parte componente de um todo”, o que não é correto, já que existem requisitos que são exteriores ao ato.³⁷ O autor identifica como requisitos que são referidos com maior freqüência o sujeito, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade. A divisão que realiza, porém, traz pressupostos e elementos dos atos administrativos da seguinte forma:

[...] dois são realmente elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber, o conteúdo e a forma.

[...]

São pressupostos de existência o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto subjetivo (sujeito), 2) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto teleológico (finalidade); 4) pressuposto lógico (causa); e 5) pressuposto formalístico (formalização).³⁸

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 379.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 385.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 386.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 386-387.

Odete Medauar traz esta discussão relativa aos elementos e requisitos do ato e acredita ser difícil delimitar de forma exata quais são os elementos externos ao ato administrativo e quais são os internos. Para ela, podem ser destacados três elementos citados pela maior parte doutrina por pertencerem ao ato jurídico, quais sejam, agente, objeto e forma.³⁹ Trata-se da ratificação da concepção do ato administrativo como espécie de ato jurídico. Romeu Felipe Bacellar Filho concorda com este posicionamento e acrescenta que:

(i) o agente capaz do ato jurídico transforma-se no agente competente do ato administrativo, (ii) o objeto do ato jurídico, objetivo do ato administrativo, que há de ser lícito e possível, já a forma, em princípio livre no ato jurídico (art.129 do CC de 1916 e art. 107 do Código Civil vigente), é absolutamente exigível no ato administrativo, pois prescrita em lei.⁴⁰

Para José dos Santos Carvalho Filho, não se adéqua perfeitamente nem a expressão elementos e nem a expressão requisitos de validade. Seu posicionamento vai ao encontro do de Bandeira de Mello já que também entende que o termo elemento traz a noção de uma parte que pertence a um todo, configurando, para ele, um pressuposto de existência. Em relação ao pressuposto de validade, ele entende que somente pode ser assim considerado após a avaliação da existência do ato.⁴¹

Há, ainda, o entendimento de Marçal Justen Filho no sentido de que melhor seria a utilização da expressão aspectos, já que transmitiria a idéia de partes que possuem íntima ligação entre si.⁴²

Importante ressaltar que a maioria dos autores acaba por empregar os vocábulos elementos e requisitos como sinônimos para fins de dissecação do ato administrativo. Sendo freqüente a utilização do artigo 2º da Lei de Ação Popular⁴³ (nº

³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 139.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 134.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 100.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 200.

⁴³ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
a) incompetência;
b) vício de forma;

4.717, de 29 de junho de 1965) para extração dos cinco elementos (ou requisitos) – competência, forma, objeto, motivo e finalidade.⁴⁴

No presente trabalho serão analisados os cinco elementos ou requisitos trazidos pela lei, bem como explicitadas as diferenciações que realizam alguns autores com a inclusão, através da subdivisão, de outros requisitos.

3.3.1 Competência

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho o instituto da competência fundamenta-se “na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa e jurisdicional) entre os vários agentes do Estado [...]”.⁴⁵ A competência administrativa advém deste instituto e se diferencia das demais devido às particularidades que apresenta e que serão aqui estudadas.

Para Lúcia do Valle Figueiredo, a competência administrativa corresponde “ao plexo de atribuições outorgadas pela lei ao agente administrativo para consecução do interesse público postulado pela norma”.⁴⁶ Assim, imprescindível que a competência esteja prevista e delimitada em lei, o que representa uma das conseqüências do princípio da legalidade como forma de limitar a Administração Pública e trazer maior segurança aos cidadãos.⁴⁷

-
- c) ilegalidade do objeto;
 - d) inexistência dos motivos;
 - e) desvio de finalidade.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 202.

Optam por empregar os cinco elementos trazidos pela Lei de Ação Popular, entre outros, Hely Lopes Meirelles, Diogo Figueiredo Moreira Neto, José dos Santos Carvalho Filho e Romeu Felipe Bacellar Filho.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 100.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

⁴⁷ Desta forma entende Seabra Fagundes ao afirmar que “a competência vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição da ordem para o desenvolvimento das atividades estatais, e, também, como meio de garantia para o indivíduo que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O**

Um ato administrativo que vem a lúmen sem que haja uma previsão legal que confira ao agente a possibilidade de praticá-lo (agente incompetente) ou que seja emanado além do limite estabelecido pela lei é inválido, pois não é possível a existência de uma manifestação válida da vontade da Administração nestes casos.⁴⁸

Além da previsão legal, outra característica marcante da competência é a inderrogabilidade, segundo a qual não é possível sua transferência a outro órgão por acordo ou vontade da Administração Pública, o que violaria o interesse público como norteador da atividade da Administração.⁴⁹ Esta característica decorre do fato da competência ser decorrente de lei e, assim sendo, sua transferência somente pode ser autorizada por outra lei.⁵⁰

O artigo 11 da Lei 9.784/99, que versa sobre o processo administrativo no âmbito federal, traz a figura da inderrogabilidade, bem como a possibilidade de delegação e avocação⁵¹ da competência nos seguintes termos: “competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.⁵²

Acerca da utilização da delegação há divergência entre os doutrinadores. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a impossibilidade de delegação representa exceção que somente ocorre quando a competência é atribuída em caráter de exclusividade. Para ela, apesar da leitura do artigo indicar no sentido de que somente é possível a utilização de tal figura quando a lei expressamente admitir, uma leitura em conjunto com o artigo 12⁵³ da mesma lei a evidencia como regra.⁵⁴

controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 204.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 202.

⁵¹ Denomina-se delegação de competência a transferência de atribuições de um agente a um subordinado hierárquico, ao passo que na avocação um agente de hierarquia superior assume as atribuições de um subordinado. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205.

⁵³ Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Com outro entendimento, José dos Santos Carvalho Filho expõe que a delegação é algo excepcional e somente justificável quando a lei autorizar.⁵⁵

No que diz respeito à avocação, a lei 9784/99, em seu artigo 15, é bastante clara ao afirmar que “será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados [...]”, configurando-a como exceção.⁵⁶

Restam ainda algumas características da competência para serem expostas, como a não sujeição à prescrição, o que possibilita seu exercício mesmo que passado um longo tempo da atribuição. Também não cabe ao agente público escolher quanto à prática ou não da competência que lhe foi conferida, podendo seu exercício ser considerado obrigatório. Ao agente também não é possibilitado aumentar ou diminuir seu âmbito legalmente estabelecido porque, se assim fizesse, estaria indo de encontro ao estabelecido em lei.⁵⁷

3.3.2 Forma

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se conceituar a forma do ato administrativo de modo amplo ou restrito. Restritivamente, é o meio através do qual é exteriorizada a declaração de vontade contida no ato. De modo amplo engloba, além do exposto, a exigência de formalidades que culminarão com o ato administrativo e os requisitos de publicidade.⁵⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os requisitos procedimentais⁵⁹ e a formalização como distintos do elemento forma. Para ele, assim como para outros doutrinadores, não seria possível a confusão entre forma e formalidade, ou

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 104.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 205.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 207

⁵⁹ Requisitos procedimentais, para o autor, seriam os atos jurídicos necessários e precedentes à prática do ato administrativo. Ele diferencia tais requisitos de motivo por este ser um fato jurídico e aqueles atos jurídicos.

formalização, como prefere, pois, “enquanto forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio desta exteriorização”.⁶⁰

A forma corresponde a um requisito de existência do ato administrativo, desvelando a vontade nele contida e se ela realmente está de acordo com a lei e direcionada às finalidades exigidas.⁶¹ Para quem defende a distinção entre forma e formalidade, a forma continua sendo considerada requisito de existência do ato, porém, a formalidade ou formalização passa a ser o requisito de validade.

Enquanto no direito privado o que prevalece é a liberdade para a escolha da forma que julgar adequada⁶², no direito administrativo há vinculação ao interesse público, o que leva a um apego maior a solenidade da forma que, em princípio, será escrita e definida em lei.⁶³ Deve-se, ainda, atentar para o fato de que a mesma forma utilizada para a criação do ato administrativo deve ser utilizada para sua alteração ou desfazimento.⁶⁴

Sublinhe-se que se a lei estabelece alguma formalidade para o processo de formação da vontade da Administração é porque entende que isto é importante para que o interesse público seja resguardado. Diante disso, “toda formalidade prescrita por lei é essencial” e deve ser seguida para a validade do ato.⁶⁵ No mesmo sentido, se existe alguma estipulação quanto à forma do ato em lei, ela é considerada solene e deve ser seguida; caso não haja tal previsão, fica o agente livre para praticar o ato com a forma que julgar mais adequada, desde que ela seja permitida pelo direito.⁶⁶

A observância da forma é importante para que seja garantida, através do controle, a segurança jurídica⁶⁷, e é por este motivo que predomina a forma escrita

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 406.

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 152.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 106.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 68.

⁶⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008 p. 122.

⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 154-155.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 208.

do ato administrativo.⁶⁸ O ato não escrito é admitido “em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração”⁶⁹, sendo considerada exceção à regra do ato escrito.⁷⁰ O silêncio pode equivaler a uma manifestação da vontade quando há previsão legal, o que geralmente ocorre quando é determinado um prazo para que a vontade seja exteriorizada sob pena de entender-se pela concordância ou discordância.⁷¹

Para Marçal Justen Filho, além do princípio da segurança jurídica, a disciplina da forma também deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, pois em situações ditas normais, para que o controle dos atos seja garantido, os requisitos de forma serão mais rigorosos. Entretanto, “se o cumprimento dos requisitos formais inviabilizar a satisfação dos interesses coletivos e colocar em risco os direitos fundamentais, dever-se-á atenuar a exigência”.⁷²

3.3.3 Objeto

A maioria dos autores identifica objeto e conteúdo do ato administrativo como sendo “aquilo que o ato determina”⁷³, ou, de forma mais precisa, o “efeito

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 156.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 106.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 208.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006, p. 203.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108.

jurídico que o ato produz”⁷⁴. Outros autores, porém, realizam a distinção entre estes dois elementos.⁷⁵

Para quem realiza a distinção, conteúdo seria o que prescreve o ato, podendo-se chegar à conclusão de que, essencialmente, ele pode ser identificado com o próprio ato. A separação entre conteúdo e objeto do ato justifica-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo seguinte:

Preferimos a expressão “conteúdo” à expressão “objeto”, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem conteúdo dispõe *sobre alguma coisa*, que é, esta sim, objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa *a respeito* de outra coisa. O conteúdo e objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.⁷⁶

O objeto deve ser certo, lícito, moral, possível e dirigido aos fins públicos. Certo porque orientado a destinatários, objetos e circunstâncias de tempo e lugar determinados.⁷⁷ Lícito porque a Administração Pública deve ser sempre norteada pelo princípio da legalidade.⁷⁸ Por esta razão, Marcello Caetano defende que mais que lícito, o objeto deve ser legal, já que à Administração cabe atuar apenas nos lindes do que está previsto na lei, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não está proibido em lei.⁷⁹

Para atender à moralidade, não deve contrariar “os princípios da ética que regem determinada coletividade”.⁸⁰ Para ser possível, ele deve ser “realizável no mundo dos fatos e do direito”.⁸¹ Por fim, deve ser dirigido aos fins públicos pela própria natureza do ato administrativo, que o distingue dos outros atos jurídicos.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 206.

Entre os autores que identificam o objeto com conteúdo podem ser citados Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior, Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro

⁷⁵ Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello são exemplos de autores que defendem a separação entre objeto e conteúdo.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 388.

⁷⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008, p. 126.

⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 70.

⁷⁹ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008, p. 126.

⁸⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 149.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 206.

3.3.4 Motivo

Para Romeu Felipe Bacellar Filho “motivo se traduz nas circunstâncias de fato e nos elementos de direito que provocaram a produção do ato”.⁸² As circunstâncias de fato (ou pressupostos de fato) são aquelas que determinaram a prática do ato administrativo, já os elementos de direito (ou pressupostos de direito) é a lei que serve de base para a prática do ato.⁸³

Outro posicionamento traz Lúcia do Valle Figueiredo ao expor que o motivo corresponde apenas ao pressuposto fático para o qual o pressuposto legal serve de fundamentação e base. Dessa forma, de acordo com a autora, existe o motivo do ato e o motivo legal que com ele não se confunde.⁸⁴

Marçal Justen Filho, em posição diversa, entende que “o motivo do ato administrativo consiste não nos fatos propriamente ditos, mas na representação intelectual que o agente realiza a propósito deles, relacionando-a com o direito e atingindo uma conclusão. Esta representação conjuga os fatos e o direito aplicável e resulta em uma ‘causa jurídica’”. Assim, para ele o motivo não possui uma existência própria ou é externo ao agente estatal porque integra a sua própria vontade.⁸⁵

Não se pode confundir motivo como motivação, já que esta traz de forma escrita as circunstâncias de fato que culminaram no ato administrativo⁸⁶, ou, de outra forma, expõe os motivos. A motivação compõe o elemento forma⁸⁷, ou formalidade, para os autores que realizam esta distinção entre os elementos.

Houve, durante um longo período, discussão acerca da obrigatoriedade de motivar os atos administrativos quando a norma legal não traz tal previsão de modo expresso, predominando, até a década de 70, o entendimento de que seria prescindível. Desde então, cresce o entendimento de que seria obrigatória a

⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 69-70.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184-185.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205.

⁸⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 69.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210

motivação nos atos administrativos, “principalmente naqueles que restringem o exercício de direitos e atividades, apliquem sanção, imponham sujeições, anulem ou revoguem uma decisão, recusem vantagem ou benefício qualificado como direito, expressem resultado de concurso público”.⁸⁸

Ainda dentro desta discussão, mostra-se importante a análise relativa aos atos administrativos discricionários e vinculados. Em relação aos atos vinculados, alguns autores, como José Carvalho dos Santos Filho, defendem que basta a confrontação do motivo trazido em lei com o motivo do ato, não sendo obrigatória a motivação. Já em relação aos atos discricionários, nos quais cabe ao agente a delimitação das circunstâncias fáticas, dentro dos limites estabelecidos pela lei e atendendo aos critérios de conveniência e oportunidade, há influência subjetiva, tornando importante a motivação para a averiguação da adequação entre a fundamentação e a realidade fática que serviu de suporte para a produção do ato.⁸⁹ Para a maior parte da doutrina⁹⁰, porém, a motivação mostra-se obrigatória tanto para os atos discricionários quanto para os vinculados por garantir o princípio da legalidade e permitir o controle do ato pela Administração, pelos interessados e pelos outros Poderes estatais.⁹¹

Além do exposto, para quem defende a obrigatoriedade de motivação, é necessário averiguar a forma como os motivos foram explicitados para que seja assegurada sua validade:

Em primeiro lugar, é preciso que os motivos sejam expostos ou explicitados de maneira concreta, precisa, não sendo suficiente a mera ou simples referência vaga.

Além disso, deve ser clara para que o ato seja suscetível de fácil interpretação.

[...]

É necessário, antes de tudo, que uma relação efetiva, de causa e consequência, se estabeleça entre a situação de fato e a determinação de direito.⁹²

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 108-109.

⁹⁰ Aqui podem ser incluídos Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, entre outros autores.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 185

Não se pode olvidar do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a existência autônoma do requisito causa (pressuposto lógico), que representa “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato”⁹³. Sua importância nas ações da Administração reside na possibilidade de analisar a validade do motivo mesmo que este não venha previsto em lei⁹⁴, acarretando sua ausência a invalidade do ato administrativo.⁹⁵

Por fim, mostra-se importante a exposição, em linhas gerais, da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, se não for obrigatória a apresentação dos motivos de um ato administrativo e mesmo assim eles forem apresentados, há uma vinculação imediata da validade do ato à verdade dos motivos expostos.⁹⁶

3.3.5 Finalidade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que “finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”. Em sentido amplo, deve ser entendida como a persecução do interesse público por parte da Administração Pública; ao passo que, em sentido restrito deve ser entendida como o efeito que cada ato administrativo especificamente deve produzir, o que é determinado de forma legal.⁹⁷

Pode-se distinguir finalidade de objeto, pois este é um efeito jurídico imediato, à medida que aquela seria mediato. Da mesma forma, é possível a distinção entre finalidade e motivo pelo fato deste ser anterior a prática do ato administrativo, indicando o que conduziu a ele, enquanto a finalidade é posterior ao

⁹³ PEREIRA, André Gonçalves apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402.

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 403.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209.

mesmo, indicando o que visa a Administração com a sua prática. Resumindo, “diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade)”.⁹⁸

Há uma ligação forte entre finalidade e competência, pois, ao definir a competência, a lei a vincula a uma finalidade que deve ser perseguida. O simples fato de não coincidir o exercício da competência e a finalidade trazida pela lei não gera um desvio de finalidade, já que isso pode ocorrer por erro ou falta de eficiência do agente administrativo. Neste caso estará presente uma ilegalidade, mas não necessariamente um desvio. Para que seja configurado o desvio é necessário que o agente haja conscientemente na direção da ofensa ao interesse público.⁹⁹

Desta forma, quando um agente utiliza um ato visando (conscientemente) a uma finalidade diversa da que lhe é conferida configura-se desvio de poder através da má utilização da competência a ele atribuída. Este desvio se manifesta de duas formas que podem ser distintas como a procura de uma finalidade diversa do interesse público ou a busca de uma finalidade diferente daquela inerente ao ato utilizado, ainda que de acordo com a finalidade pública. Ele leva à invalidade do ato, como dito, não pela incompatibilidade entre a competência e a finalidade, mas sim pelo “desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência”.¹⁰⁰

A Lei n. 4747/65, já mencionada, traz, em seu artigo 2º, o desvio de poder como caso de nulidade do ato administrativo, *in verbis*: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio [...] nos casos de: [...] e) desvio de finalidade”.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 115.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 401.

4 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

4.1 PLANO DA EXISTÊNCIA

O estudo do plano da existência, para alguns autores, somente é possível em conjunto com o plano da validade. Tito Prates da Fonseca, por exemplo, defende não ser possível a separação dos conceitos de perfeição¹⁰¹ e validade porque isso levaria a conclusões inviáveis juridicamente, como “admitir atos perfeitos contrários ao direito”.¹⁰² Para outros autores, porém, é possível, e necessária, a distinção dos dois planos como será exposto adiante.

Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen defendia a identidade entre vigência, existência e validade, diferenciando apenas a eficácia.¹⁰³ A distinção entre os planos da validade e da existência ocorreu pela primeira vez no Direito Francês, com o jurista alemão Zachariae Von Lingenthal e a sua teoria dos atos inexistentes.¹⁰⁴

A concepção clássica de ato inexistente, tal como a formulação francesa, mostra-se acertada por entender que é inexistente o ato que não possui os elementos necessários, indicados pela lei, para que se configure como ato

¹⁰¹ Grande parte dos administrativistas, como Zanobini e Celso Antonio Bandeira de Mello, prefere a expressão perfeição à existência, compreendendo que o conteúdo de ambas é equivalente. Alguns, porém, como Antonio Carlos Cintra do Amaral e Marcello Caetano, entendem que não seria correta a utilização da expressão ato administrativo perfeito.

¹⁰² FONSECA, Tito Prates da apud ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

¹⁰³ “**Com a palavra “vigência” designamos existência** específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então, consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a **vigência (validade)** de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não deve ser feita.

[...]

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não a ordem do ser, deve também **distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia**, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar no mundo dos fatos.” (grifo nosso)

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11

¹⁰⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121-122.

jurídico.¹⁰⁵ Segundo Planiol, “um ato é inexistente quando lhe falta um elemento essencial à sua formação de tal modo que não se possa conceber o ato na ausência desse elemento”.¹⁰⁶ O erro em que incide tal teoria, no entanto, reside na consideração do ato inexistente como categoria jurídica, na medida em que, por não ter ingressado no mundo jurídico, apenas representa uma situação fática.¹⁰⁷ Além disso, a exigência da via judiciária para que seja desfeito não se mostra adequada, pois “o que não é não necessita ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi”.¹⁰⁸

No Brasil, foi Pontes de Miranda quem delineou os planos da existência, da validade e da eficácia para os fatos jurídicos, defendendo que, antes de ser analisada a validade ou eficácia, deve ser aferida a sua existência, como pode ser depreendido do seguinte:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia.

[...]

O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*, porque não há validade, ou eficácia do que não é.¹⁰⁹

Importante destacar, como argumento a favor da separação entre os planos da existência e da validade no âmbito do direito administrativo, a presunção de legitimidade, um dos atributos do ato administrativo que o leva a possuir presunção *juris tantum* de adequação ao Direito. Desta forma, um ato válido permanece no sistema até que seja afastada a presunção e configurada a sua expulsão,¹¹⁰ o que mostra que podem existir atos inválidos, ou seja, a validade e a existência são realidades distintas.

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. Ver. e atual, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 67.

¹⁰⁶ PLANIOL apud MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. Ver. e atual, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 67.

¹⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. Ver. e atual, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68.

¹⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7 ed. Ver. e atual, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 3. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 6-7

¹¹⁰ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

O ato administrativo é considerado perfeito quando cumpridas todas as etapas necessárias para sua formação, ingressando no mundo jurídico.¹¹¹ De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, a total adequação do ato administrativo à lei indica a sua perfeição, o que demonstra a íntima ligação do conceito com o princípio da legalidade em sentido estrito.¹¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, para um ato administrativo ser considerado existente, deve estar presentes os elementos e os pressupostos de existência. Os elementos, intrínsecos ao próprio ato administrativo, como já dito, são a forma e o conteúdo.¹¹³ Em relação aos pressupostos de existência há divergência entre o autor, que defende ser o objeto e a “pertinência ao exercício da função administrativa”¹¹⁴ e Weida Zancaner, que defende ser somente o objeto¹¹⁵.

A consideração dos elementos e pressupostos de existência é importante porque sem os elementos não é possível falar na existência do ato administrativo, porém, para averiguar sua perfeição é necessário o exame do pressuposto de existência.¹¹⁶

4.2 PLANO DA VALIDADE

Analisada a existência do ato administrativo, impõe-se a análise de sua validade. Importante ressaltar que a validade determina que o ato administrativo não somente deve ser confeccionado de acordo com a lei (perfeição), mas também deve estar de acordo com todo o ordenamento jurídico. Assim, para a perfeição deve ser

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 382.

¹¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 386.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 387.

¹¹⁵ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40

¹¹⁶ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40

considerada a legalidade em sentido estrito e para a validade a legalidade em sentido amplo.¹¹⁷ Disso já se pode depreender que um ato válido é um ato perfeito, mas nem todo ato perfeito é um ato válido.

Se adotada a teoria de Kelsen, uma norma retira sua validade de outra norma superior.¹¹⁸ Para que essa validação não seja conduzida ao infinito, há uma norma pressuposta, a norma fundamental, que serve como validade última para todas as outras.¹¹⁹ Ela deve ser pressuposta porque se fosse posta necessitaria ser editada por uma autoridade que deveria ter sua competência estipulada em uma norma mais elevada, não colocando o fim pretendido ao escalonamento.¹²⁰ Esta teoria mostra-se pertinente ao estabelecer que para uma norma jurídica ser válida deve obedecer aos preceitos estipulados pelo sistema jurídico,¹²¹ apesar de não realizar a necessária distinção entre existência e validade.

4.3 PLANO DA EFICÁCIA

Kelsen, ao falar sobre validade e eficácia, tenta estabelecer um posicionamento intermediário entre a teoria idealista, que defende não existir qualquer ligação entre a validade e a eficácia, e a teoria realista, que defende a identidade entre a validade e a eficácia. Para ele, a eficácia constitui uma condição de validade no sentido de que uma norma ou a ordem jurídica que não é considerada eficaz também tem cessada a validade. Assim não pode ser confundida a eficácia, como condição de validade, com a própria validade.¹²²

¹¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 214.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

¹²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

¹²¹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 236.

De acordo com a teoria de Pontes de Miranda, o fato jurídico necessariamente deve realizar a sua passagem pelo plano da existência, podendo não transpassar, contudo, o plano da validade. Os atos jurídicos válidos adentram ao plano da eficácia independente do adimplemento de termo ou condição suspensivo. Em relação aos atos jurídicos inválidos, quando anuláveis, ingressam no plano da eficácia e emanam seus efeitos até que sobrevenha a anulação ou seja sanada a invalidade. Se nulos, entretanto, geralmente não irradiam efeitos.¹²³

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o ato administrativo é considerado eficaz quando apto a provocar os efeitos que lhe são próprios, também denominados efeitos típicos, que resultam de seu conteúdo específico, dizem respeito ao seu objeto e se dirigem para a consecução da finalidade típica. Além destes, são encontrados os efeitos atípicos, ou seja, aqueles que são oriundos da simples existência do ato administrativo, não sendo os pretendidos pelo ato quando da sua constituição.¹²⁴ Estes efeitos atípicos, por sua vez, são divididos em preliminares ou prodrômicos e reflexos. Os efeitos preliminares são aqueles produzidos desde a formação do ato até o advento dos seus efeitos próprios, ao passo que os reflexos são aqueles que alcançam um estranho à relação jurídica por ele abrangida.¹²⁵

Para Diógenes Gasparini, a divisão dos efeitos em típicos e atípicos, ou próprios ou impróprios, como ele prefere, possui relevância prática quanto à invalidação dos atos administrativos, uma vez que apenas estão sujeitos a ela os efeitos típicos (próprios), perdurando os demais. Ele também chama a atenção para a regra da irretroatividade dos efeitos do ato administrativo, excetuada apenas pelos atos de invalidação que possuem efeitos desconstitutivos retroativos.¹²⁶

Antônio Carlos Cintra do Amaral discorda do posicionamento de Celso Antônio ao entender que o ato administrativo eficaz é aquele que produz, de fato,

¹²³ Há casos em que o ato jurídico nulos produz efeitos de forma plena e duradoura, não sendo possível, por este motivo a identidade entre o ato jurídico nulo e o ato ineficaz. MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 102-103.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383-384.

¹²⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006, p.72.

efeitos e não aqueles que possuem a aptidão para produzi-los. Desta forma, um ato pendente de condição ou termo é considerado ineficaz para Cintra do Amaral porque ainda não houve a constituição da relação jurídica necessária para a eficácia do ato, ao passo que é considerado eficaz para Celso Antônio e Pontes de Miranda.¹²⁷

¹²⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

5 INVALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Tema de grande relevância para o estudo da convalidação, também em relação à teoria das nulidades não existe consenso entre os estudiosos do direito administrativo. Há aqueles que defendem a existência de uma única categoria de invalidade e aqueles que defendem existir duas e até mais delas. Alguns defendem a aplicação da teoria das nulidades do direito civil para o direito administrativo, outros a defendem parcialmente e, ainda, existem aqueles que entendem ser totalmente descabida tal aplicação.

Assim como acontece em relação ao conceito de ato administrativo, no qual a falta de consenso se deve, sobretudo, a falta de previsão legal, também neste ponto o dissenso que há deve-se a inexistência de uma legislação consolidada que forneça a base para o desenvolvimento doutrinário, “sistematizando os casos de invalidade e seus efeitos”¹²⁸.

Antes de se aprofundar nesta discussão, importante ressaltar o entendimento de Augustín Gordillo em relação à multiplicidade de posições assumidas perante a teoria das nulidades no âmbito do direito administrativo, entendendo que o resultado jurídico ao qual deve ser dado relevo não é a nulidade ou anulabilidade, mas sim quais os fatores que levam a permanência ou exclusão do ato, fornecendo uma solução nos seguintes termos:

[...] a teoría de las nulidade estudia las consecuencias o sanciones que corresponden ao acto administrativo antijurídico. Uma vez elaborado esse punto de partida, debe tratarse de hallar los principale tipos y peculiaridades que se dan em las consecuencias jurídicas, y em base a los mismos se estudiará y reunirá las consecuencias jurídicas son similares, entonces el concepto sería uno solo; si halláramos uma enorme multiplicidad, tantos serán los diferentes tipos de invalidez.

[...] Si uno toma tan sólo una de las concecuencias jurídicas [...], la noción de invalidez será demasiado amplia e com ello inútil para explicar suficientemente cómo son las consecuencias de que se trata; si a La inversa uno toma demasiadas peculiaridades existentes em las consecuencias jurídicas, las distintas espécies de invalidez que se ofrecerán constiuirán um conjunto demasiado compejo para ser realmente práctico y utilizable.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 459.

*La solución, pues, está en hallar el término médio: em tomar el mayor número posible de consecuencias jurídicas fundamentales y dejar de lado las accesorias.*¹²⁹

Passemos ao exame da doutrina a respeito da controvérsia instaurada, bem como das possíveis soluções e classificações que apresentam para o polêmico tema.

Miguel Seabra Fagundes entende não ser possível a aplicação da teoria das nulidades tal como esboçada pelo direito civil para o direito administrativo. Para ele há uma marcante diferença entre os atos administrativos e os atos jurídicos privados, pois estes repercutem seus efeitos, via de regra, apenas aos integrantes da relação jurídica formada, dificilmente emanando efeitos para terceiros e, quando isso ocorre, é de forma mais amena. Já o ato administrativo gera efeitos que dificilmente ficam restritos a uma pessoa, sendo que seu descumprimento repercute de forma negativa sobre todo o interesse público.¹³⁰

Outra incompatibilidade entre o a teoria das nulidades do direito civil e o direito administrativo é expressa pelo autor como a possibilidade de pronunciamento *ex officio* do ato privado nulo, o que não seria possível para os atos administrativos, com reduzidas exceções, já que estes gozam de presunção de legitimidade. Também, o ato administrativo viciado, para ele, não pode ser convalidado com efeitos retroativos.¹³¹

O referido autor, outrossim, considera de pouca serventia a utilização dos termos nulo e anulável exportados do direito civil quando eles não carregariam consigo a mesma carga de significado, o que, inclusive, poderia levar a confusões de maior ordem.¹³² Ele realiza, assim, a classificação dos “atos viciosos” em três níveis, a saber: atos absolutamente inválidos (nulos), atos relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares (defeitos irrelevantes).¹³³

¹²⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XI-2.

¹³⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53.

¹³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58-59.

¹³² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

¹³³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65-72.

Hely Lopes Meirelles igualmente não concorda com a adoção da teoria da nulidade do direito privado. Ele vai mais longe na distinção ao não admitir a presença de atos administrativos anuláveis, somente sendo possível falar em ato administrativo nulo. Entende que o ato anulável, embora com vício, pode ser mantido se manifestado interesse nesse sentido pelas partes envolvidas, possuindo nítido caráter disponível privado e, por isso, só sendo possível a sua aplicação ao direito privado.¹³⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto pactua com o entendimento de Hely Lopes no sentido da não aplicabilidade da teoria do direito civil e de que não é possível considerar o instituto da anulabilidade (nulidade relativa) no direito administrativo porque a validade do ato administrativo deve ser considerada, para ele, em relação ao interesse público envolvido.¹³⁵

No mesmo sentido, Odete Medauar entende não ser aplicável a teoria do direito civil ao direito administrativo, relativizando, porém, a posição dos autores citados ao dizer que um ato administrativo com vícios, a princípio, deve ser considerado nulo. Para ela, o ato viciado pode permanecer válido, sem modificações ou após convalidação ou ratificação, desde que a apreciação da legalidade em face dos outros princípios do ordenamento, da finalidade a que se destina o ato e a avaliação do caso concreto mostre ser este o caminho mais adequado.¹³⁶

Marcello Caetano, autor português, expõe que a determinação acerca de quais devem ser as sanções aplicáveis às invalidades de atos administrativos cabe à construção legislativa de cada País. Sopesando o interesse público, o legislador pode determinar uma consequência mais vigorosa para determinado vício não muito importante e uma mais branda para um vício que gera uma insuficiência maior no ato. Ele acredita que, apesar disso, em termos de uma Teoria Geral, devem ser estipuladas as sanções mais significativas e seus efeitos mais comuns. Diante disso,

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 208-209.

¹³⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

defende a existência de três formas mais representativas: a nulidade, a anulabilidade e a inexistência.¹³⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que há semelhanças entre o tratamento dos vícios pelo direito civil e direito administrativo, como as conseqüências de nulidade absoluta quanto aos atos nulos e nulidade relativa quanto aos atos anuláveis. Assim, da mesma forma que no direito civil, as nulidades relativas dos atos administrativos seriam passíveis de saneamento, ao contrário da nulidade absoluta. Ela ressalta, todavia, que devem ser consideradas as diferenças que há entre os dois ramos do direito para não transpor de forma equivocada conceitos do direito privado para o direito público. Dessa forma, não pode a Administração aguardar a provocação da outra parte para que seja reconhecida a nulidade, já que suas ações devem sempre ser norteadas pelo interesse público, não podendo preponderar o interesse individual sobre este.¹³⁸

Para Miguel Reale, a questão não deve ser abordada como a possibilidade de aplicação de uma teoria de direito privado a um ramo do direito público, mas sim como a aplicação de conceitos de uma teoria geral que devem ser adaptados às peculiaridades que cada ramo do direito oferece.¹³⁹

Carlos Ari Sundfeld discorda de Miguel Reale por entender que a teoria de nulidades não foi criada tendo em vista uma teoria geral, mas sim como uma teoria que visa à unificação de direito material¹⁴⁰ e processual civil¹⁴¹ nas figuras dos atos nulos e anuláveis. Ele critica a forma como a Lei 4.717/65 aborda o tema, estabelecendo diferenciação entre os atos nulos e anuláveis em seus artigos 2º e 4º, já que não atribuiu nenhuma peculiaridade de tratamento a estas categorias. Para

¹³⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008, p. 151.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 243.

¹³⁹ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.197.

¹⁴⁰ Como direito material, neste sentido, o autor cita a estipulação de quando o ato deveria ser ratificado e quando não deveria.

¹⁴¹ Como direito processual o autor menciona a determinação dos sujeitos legitimados para propor a invalidação, a fixação de prazos para tal propositura, a possibilidade de ser decretada a invalidação de ofício e a estipulação de quais os prazos que levariam a prescrição.

ele, melhor seria a utilização do termo atos inválidos, que impediria maiores confusões com o direito civil.¹⁴²

Antônio Carlos Cintra do Amaral posiciona-se no sentido de que somente é possível falar em invalidade após anulação do ato administrativo; antes disso, “é mera questão de opinião”. Como todos os atos inválidos poderiam ser submetidos à anulação, não é viável a distinção quanto à possibilidade ou não de anulação. Assim, ele rechaça a clássica distinção dos atos inválidos em nulos e anuláveis porque entende que não há que ser discutida a disponibilidade de interesses nos atos administrativos e adota a qualificação de convalidáveis e não convalidáveis.¹⁴³

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acredita na utilização de critérios legais para a determinação sobre a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo. Assim, na falta de uma legislação de direito administrativo que regule a matéria, deve ser utilizada a regulação trazida pelo Código Civil, desde que respeitadas as especificidades.¹⁴⁴ Entende, no mesmo sentido de Miguel Reale, que a diferenciação de atos nulos e anuláveis não deve ser atribuída somente ao direito civil, mas a uma teoria geral do direito que pode ser devidamente aplicada ao direito administrativo, não se tratando, portanto de uma transposição de disciplina do direito público para o direito privado¹⁴⁵. Alega que a Lei 4.717/65 expõe a dicotomia dos atos em nulos e anuláveis trazida pelo Código Civil, diferenciando-se deste apenas no que concerne aos atos nulos por incompetência absoluta e aos atos anuláveis por incompetência relativa.¹⁴⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello concorda com parte do posicionamento de Oswaldo Aranha ao acolher a distinção dos atos inválidos em nulos e anuláveis, acrescentando um terceiro tipo: os atos inexistentes. Prefere, todavia, adotar, com alguma adaptação, o traço de distinção dos atos administrativos inválidos estipulado por Antônio Carlos Cintra do Amaral com base na possibilidade de convalidação.

¹⁴² SUNDKELD, Carlos Ari. **Ato administrativo invalido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 39-44.

¹⁴³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁴⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 651

¹⁴⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 652.

¹⁴⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 657-658.

Assim, os atos anuláveis, para o autor, corresponderiam aos atos convalidáveis e os atos nulos e inexistentes corresponderiam aos não-convalidáveis. Destaca, ainda, que podem ser identificados os atos irregulares, os quais não podem ser considerados atos inválidos se não invadirem a esfera de direitos dos administrados.¹⁴⁷

Weida Zancaner concorda com Hely Lopes Meirelles quando afirma que um ato é válido ou inválido, discordando, todavia, em relação ao fato de desconsiderar o ato anulável por entender que se trata de uma semi-invalididez. A autora considera que as gradações geralmente apresentadas pela doutrina para os atos administrativos inválidos (irregulares, nulos, anuláveis e inexistentes) não expressam com exatidão sua posição. Assim, ela prefere sistematizar em atos absolutamente sanáveis (possuem defeitos irrelevantes), atos absolutamente insanáveis (possuem vícios de tal gravidade que não podem ser estabilizados), atos relativamente sanáveis (podem ser convalidados ou sanados por ato de particular afetado ou, ainda, estabilizados pelo decurso do tempo) e atos relativamente insanáveis (não podem ser convalidados ou sanados, todavia, podem ser estabilizados mediante sopesamento dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé somados ao decurso do tempo e a presença de norma que o protegeria se válido fosse), utilizando como fator de distinção a possibilidade de saneamento.¹⁴⁸

Resta claro que não se pode aplicar a teoria das nulidades do direito civil ao direito administrativo sem que sejam feitas as devidas adaptações. Isto porque a relação regida pelo primeiro calca-se em interesses privados, ao passo que o segundo rege-se pelo atendimento do interesse público. Nada impede, porém, que sejam utilizados alguns caracteres comuns, pois, como bem ensina José Cretella Júnior, “[...] a teoria das nulidades, num plano genérico, não é peculiar a nenhum dos ramos do direito, porque comum a ambos, sendo seus princípios informativos estabelecidos pela teoria geral do direito”¹⁴⁹

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 461-464.

¹⁴⁸ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.107-111.

¹⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006.

A seguir, serão expostas as quatro categorias de atos administrativos viciados apresentadas por grande parte da doutrina pátria, ainda que sob outro nome, quais sejam, os atos inexistentes, os atos nulos (não convalidáveis), os atos anuláveis (convalidáveis) e os atos irregulares

5.1 ATO INEXISTENTE

Atos inexistentes são atos cujo vício apresenta tamanha gravidade e é repellido pelo sistema jurídico com tanta força que jamais se submetem à prescrição, à convalidação ou à conversão. Celso Antônio Bandeira de Mello os define da seguinte forma:

Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.

[...]

os atos aqui denominados atos inexistentes encontram-se fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito.¹⁵⁰

Hely Lopes Meirelles entende que o ato inexistente “não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo”, equiparando-se aos atos nulos.¹⁵¹ Dessa forma, não vê o autor utilidade na distinção entre nulidade e inexistência, já que considera ambos atos ilegais e ineficazes desde a origem.¹⁵²

Há, contudo diferença em relação aos denominados atos inexistentes e os atos nulos. Dos atos inexistentes não resulta efeito jurídico. Além disso, a alegação

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 461-462.

¹⁵¹ No mesmo sentido entendem Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Miguel Seabra Fagundes e Marcello Caetano.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

de inexistência pode ocorrer a qualquer tempo, no que discerne do ato ilegal, em que há lapso temporal determinado para que seja suscitada sua ilegalidade.¹⁵³

5.2 ATO NULO

José Cretella Júnior ensina que o ato nulo é aquele que não produz seus efeitos jurídicos próprios porque possui um vício essencial.¹⁵⁴

Segundo Marcello Caetano, se do ato nulo resultar algum efeito com aparência de jurídico, eles serão eliminados assim que a nulidade for decretada com eficácia *ex tunc*, ou seja, os efeitos serão destruídos desde a prática do ato.¹⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello discorda do exposto porquanto entende que a eliminação dos efeitos somente é retroativa nos casos em que o ato nulo for restritivo de direitos; sendo ele ampliativo de direitos sua eliminação terá eficácia *ex nunc*, exceto se comprovada má-fé do destinatário do ato. Para ele, ainda, quando há terceiros de boa-fé envolvidos ou se originados efeitos patrimoniais que ensejariam enriquecimento sem causa da Administração ou dano injusto para o administrado de boa-fé que não contribuiu para o vício do ato, os efeitos permanecem em relação a eles.¹⁵⁶

De acordo com Ruy Cirne Lima, os atos administrativos nulos têm como causas: “a) a incompetência absoluta do agente ou incapacidade absoluta do co-contratante; b) vício de forma, c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos;

¹⁵³ COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos**: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. 164f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 86.

¹⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: teoria do ato administrativo. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006, p. 262.

¹⁵⁵ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 152.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 476.

Celso Antônio defende que estas características condizentes aos efeitos da decretação de nulidade estendem-se aos atos anuláveis quando procedida sua anulação.

e) desvio de finalidade”.¹⁵⁷ Trata-se das causas de nulidade trazidas pelo artigo 2º da Lei 4.717/65.

Os atos nulos correspondem aos atos relativamente insanáveis da classificação de Weida Zancaner, não sendo suscetíveis de convalidação pela Administração Pública ou ao saneamento por ato de particular afetado.¹⁵⁸ Para a autora, os vícios inconvalidáveis são os de motivo, de procedimento (quando a elaboração do ato ausente representar descaracterização da finalidade do procedimento), de causa e de finalidade.¹⁵⁹

A arguição destes vícios que levam à nulidade, segundo Celso Antônio, pode ocorrer de ofício pelo Juiz ou mediante provocação do Ministério Público (quando cabível), ainda que não haja manifestação da parte interessada neste sentido.¹⁶⁰

De acordo com Hely Lopes Meirelles, Régis Fernandes de Oliveira, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Odete Medauar somente é possível conceber o ato administrativo inválido como sendo nulo. Hely Lopes justifica seu posicionamento alegando que não é possível aceitar a existência do ato administrativo anulável porque não é possível que o interesse privado prevaleça sobre o público e, além disso, não se pode coadunar com a permanência de um ato ilegal com clara violação ao princípio da legalidade.¹⁶¹

5.3 ATO ANULÁVEL

¹⁵⁷ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 7. ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248.

¹⁵⁸ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

¹⁵⁹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477.

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176.

Os atos anuláveis, ou atos relativamente sanáveis como prefere Weida Zancaner, são aqueles cujo vício permite sua reprodução válida.¹⁶² Tais vícios são os de competência, de formalidade e de procedimento (quando a prática do ato ausente não prejudique a finalidade do procedimento e quando o particular suprir a falta de um ato seu com o claro intuito de retroação).¹⁶³

Marcello Caetano elenca como características do ato anulável a produção de efeitos válidos e sua obrigatoriedade até que sobrevenha a anulação pelo órgão competente.¹⁶⁴

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os vícios que contaminam os atos anuláveis somente podem ser argüidos pela parte interessada que, assim, provocará sua anulação.¹⁶⁵ Para Weida Zancaner, em homenagem ao artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal¹⁶⁶, não somente a parte interessada, mas qualquer administrado pode impugnar um ato eivado de vício relativamente sanável. A diferença entre a impugnação do interessado e a do legitimado pela Constituição, entretanto, ocorre pela impossibilidade da Administração Pública convalidar o ato impugnado pelo primeiro, tornando-se obrigatória a sua invalidação.¹⁶⁷

Por fim, cumpre destacar que tanto Marcello Caetano¹⁶⁸ quanto Weida Zancaner¹⁶⁹ entendem que o ato anulável ou relativamente sanável é estabilizado pelo simples passar do tempo. Transcorrido o prazo legal para a impugnação sem que ela tenha sido apresentada, o vício não mais poderá ser suscitado.

¹⁶² ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

¹⁶³ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-86.

¹⁶⁴ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 152.
Cf. nota de rodapé 159.

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 477.

¹⁶⁶ O artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal traz a seguinte redação: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder [...]”.

¹⁶⁷ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113.

¹⁶⁸ CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 153.

¹⁶⁹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

5.4 ATO IRREGULAR

Os atos irregulares, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello

são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se vinculam o ato administrativo.¹⁷⁰

Estas violações não afetam a validade do ato se não interferirem em aspectos que dizem respeito à preservação de direitos dos administrados, visto que só podem ensejar sanções administrativas para os agentes responsáveis.¹⁷¹ Se causar algum dano ao particular, estará descaracterizado como ato meramente irregular, passando a possuir, de fato, uma invalidade.¹⁷²

Para Weida Zancaner, os atos absolutamente sanáveis (irregulares) são evitados por pequenas irregularidades que “não podem comprometer a compreensão do ato ou implicar vício de causal, nem podem se constituir em erro de direito ou erro de fato”. Para a autora sua convalidação é obrigatória ainda que haja impugnação pela parte interessada, pois não existe repulsão pela ordem jurídica em relação a ele, prevalecendo sempre o princípio da segurança jurídica.¹⁷³

Ricardo Marcondes Martins discorda da professora porque entende que a convalidação é um instituto que deve ser utilizado quando o ato administrativo apresenta-se maculado por invalidade. No caso dos atos irregulares, assim, não poderia ser defendida a obrigatoriedade de convalidação pelo simples fato do ato apresentar-se válido e não causar danos ao particular.¹⁷⁴

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 463.

¹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 463.

¹⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.270.

¹⁷³ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

¹⁷⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.270-272.

6 CONVALIDAÇÃO

6.1 NOÇÃO INICIAL

A convalidação do ato administrativo, consoante ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, ocorre quando sua invalidade é resolvida através da edição de um ato convalidador com efeito retroativo¹⁷⁵ pela Administração Pública ou da ação do particular atingido. Para que a invalidade seja suprida por um ato particular, contudo, é necessário que esta manifestação faça parte de uma imposição da lei para a validade do ato administrativo.¹⁷⁶

Para Weida Zancaner, se for necessário um ato de particular para a validade do ato administrativo, na sua ausência poderá ocorrer saneamento na medida em que o particular aja para devolver a validade ao ato. Ela entende que neste caso não é possível falar em convalidação por não se tratar de uma ação positiva da Administração Pública e sim de um particular. Para ela, este saneamento pode ser diferenciado da convalidação por não devolver a validade ao ato, apenas impedindo que ele seja desfeito.

Ricardo Marcondes Martins discorda parcialmente da jurisprudência por entender que não é possível a correção de um vício por mera ação de um particular. Ainda que a ação seja necessária, somente poderá se falar em suprimento do vício quando houver reconhecimento do ato do particular por parte do Estado.¹⁷⁷

Para que haja convalidação, tal como até aqui exposto, devem estar presentes alguns requisitos básicos. Em primeiro lugar, é necessário que haja um ato administrativo eivado de invalidade que possa ser suprida. Isto, todavia, não é

¹⁷⁵ A retroatividade do ato convalidador mostra-se importante para preservar os efeitos já emanados pelo ato inválido. ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

Caso não haja a retroatividade dos efeitos, estaremos diante de um novo ato com eficácia *ex nunc*. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 71.

¹⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 466-467.

¹⁷⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

suficiente, pois deve ser possível a conservação do conteúdo do ato original após a convalidação, já que se for alterado seu conteúdo estaremos diante da edição de um novo ato. Por fim, deve ser conferida eficácia retroativa ao ato convalidador para que sejam preservados os efeitos pretéritos do ato convalidado.¹⁷⁸

Regis Fernandes de Oliveira discorda do posicionamento esboçado por Celso Antônio e Weida Zancaner no sentido de que a convalidação valida o próprio ato, pois acredita que o que ocorre com a convalidação é a outorga de validade jurídica a alguns efeitos emanados pelo ato inválido e que podem ser validamente aceitos pelo sistema jurídico. Dessa forma, não se daria a validação do próprio ato, mas sim a validação retroativa de alguns efeitos do ato.¹⁷⁹ Mesmo entendimento expressa Angela Cassia Costaldello ao definir convalidação como sendo “instrumento que busca conceder, em caráter retroativo, validade aos efeitos do ato inválido”.¹⁸⁰

Diógenes Gasparini entende não ser possível a convalidação dos atos administrativos inválidos, apenas a correção de atos irregulares.¹⁸¹ No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles não admite a convalidação porque entende que o ato administrativo inválido somente pode ser classificado como nulo e, dessa forma, não geraria qualquer direito, obrigação ou situação jurídica definitiva. Para o autor, porém, em determinadas situações, excepcionais, é possível que seja conferida eficácia *ex nunc* para a invalidação, preservando efeitos já produzidos em atenção aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.¹⁸²

A Lei nº 9.784/99 resolve a discussão a respeito da possibilidade ou não de convalidação dos atos administrativos trazendo a figura em seu artigo 55: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem

¹⁷⁸ BIGOLIN, Giovanni. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119-120.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148-149..

¹⁸⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos**: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. 164f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 92.

¹⁸¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Para saber em que hipóteses a convalidação é possível, entretanto, há dois posicionamentos. Segundo Miguel Seabra Fagundes, não é o vício em si que leva a possibilidade ou não de correção, mas sim a repercussão que ele causa, principalmente em relação ao interesse público. Assim ele entende porque acredita que um mesmo vício pode levar a diferentes conseqüências, não sendo possível elencá-las de forma fixa.¹⁸³ Já Weida Zancaner acredita ser possível a discriminação de quais vícios são suscetíveis de convalidação de uma forma lógica e objetiva. Desse modo, para a autora, como já dito anteriormente, os vícios do ato administrativo que devem ser convalidados são os de competência, de formalidade e de procedimento (quando a prática do ato ausente não prejudique a finalidade do procedimento e quando o particular suprir a falta de um ato seu com o claro intuito de retroação).

Um ato administrativo com vício no elemento competência deve ser convalidado quando diz respeito a uma atividade vinculada. Há vinculação quando a lei traça como o ato deve ser executado, em que circunstâncias e qual seu objetivo, não deixando margem para que o administrador avalie a conveniência ou oportunidade acerca de sua prática. Assim, quando ocorre o fato descrito na norma legal, não há outro caminho possível para o administrador que não agir de acordo com o que ela prescreve de forma estrita. Se o ato for praticado em desconformidade com isso, estaremos diante de um dever de convalidação do ato, se restringindo ao que traz a lei.¹⁸⁴

Quando se trata de um ato discricionário¹⁸⁵, todavia, não há um dever de convalidação porque cabe, em certa medida, ao juízo subjetivo do administrador, sopesando a oportunidade e a conveniência, a escolha quanto à prática do ato,

¹⁸³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

¹⁸⁴ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-87.

¹⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, com plena razão, que não existem atos *propriamente discricionários*, o que existem são circunstâncias que estabelecem uma certa discricionariedade a determinados atos. Além disso, sempre haverá uma dose de vinculação mesmo nos ditos atos discricionários, pelo menos acerca da competência e do fim. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431.

podendo o agente competente convalidar o ato praticado pelo incompetente, não sendo isso, porém, obrigatório.¹⁸⁶

Em relação ao vício de formalidade, para José dos Santos Carvalho Filho deve-se proceder ao exame de cada caso para determinar a sua conseqüência, que pode ser a convalidação do ato quando for possível corrigir a irregularidade através de outro ato ou a anulação, quando não for possível a convalidação porque resultará em comprometimento do conteúdo ato.¹⁸⁷ Para Weida Zancaner, no entanto, não há qualquer discricão no que concerne à convalidação nestes casos, pois mesmo que seja necessária posterior revogação ou mesmo desapropriação de direitos de terceiros, a convalidação mostra-se obrigatória em relação à formalidade como forma de garantir que a Administração Pública não selecione os atos menos vantajosos para extinguir.¹⁸⁸

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, se a função “é apenas ‘uniformizar’, ou seja, ‘padronizar’ o instrumento de veiculação dos distintos atos administrativos”, a não observância da forma não afetará a validade do ato desde que não se configure em ameaça à garantia do administrado.¹⁸⁹

No que concerne aos requisitos procedimentais propagados por Celso Antônio, Weida Zancaner sustenta que a convalidação é possível e obrigatória quando a ausência do ato jurídico precedente não alterar a finalidade do procedimento que culminará com a prática do ato administrativo.¹⁹⁰

José dos Santos Carvalho Filho reconhece, ainda, a convalidação nos casos de vício do objeto ou conteúdo quando “[...]a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato[...]”, ou seja, quando versar sobre conteúdo plúrimo. Para o autor, neste caso, podem ser utilizadas as demais

¹⁸⁶ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 107.

¹⁸⁸ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 406-407.

¹⁹⁰ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

providências determinadas ou objetos que permanecem válidos.¹⁹¹ Weida Zancaner concorda com esta situação, porém, não atribui a ela o nome de convalidação, mas sim de redução¹⁹², pois, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a redução ocorre quando o vício não compromete todas as partes do ato e não há relação de superioridade entre elas, persistindo as partes válidas, que não se submetem à invalidação.¹⁹³

Antes de proceder à verificação da existência do dever de convalidar os atos administrativos com os vícios acima explicitados, mostra-se importante o estudo de três princípios, quais sejam, o princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica e o princípio da boa-fé.

6.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é fundamental para o regime jurídico-administrativo e representa uma evolução conquistada pelo Estado de Direito ao impedir a prática de atos estatais abusivos aos cidadãos. Representa uma concreção da cidadania, já que os representantes, devidamente eleitos, definem a lei que serve de limitação ao poder estatal.¹⁹⁴

De acordo com o dito princípio, a Administração Pública deve realizar suas atividades em consonância com a lei, através de expedição de atos que a ela sejam complementares.¹⁹⁵ Sua amplitude é variável dependendo do país em que incide,

¹⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 159.

¹⁹² ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

¹⁹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1: Introdução, p. 659.

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99-100.

¹⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

podendo conferir maior ou menor autonomia para a Administração Pública exercer sua atividade.¹⁹⁶

No Brasil, o princípio passou a ter força legal a partir da Lei 4.717/65, que prevê no artigo 2º, “c” e parágrafo único, “c” que os atos com “ilegalidade do objeto” são considerados nulos e que isto “ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.¹⁹⁷ Ele também se encontra enraizado na Constituição Federal, que o traz no artigo 5º, II¹⁹⁸ e no artigo 37, caput¹⁹⁹. Estes artigos, dentre outros, traduzem a submissão que deve apresentar a Administração Pública em relação à lei, expressa no fato de que o ato administrativo se presta a concretizar o que traz a lei em abstrato.

Resta claro que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei define, atuando em seus lindes, o que corresponde à concepção positiva do princípio da legalidade. Já aos particulares, cabe agir de acordo com o que não proíbe a lei, o que condiz com a concepção negativa do princípio da legalidade.²⁰⁰ Bem ensina Hely Lopes Meirelles ao expor que “a lei para o particular significa ‘poder fazer assim’: para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.²⁰¹

Por fim, importante mencionar que o princípio da legalidade pode ser entendido em duas acepções: na estrita, indica que a Administração Pública deve agir conforme a lei e na ampla, que a ação da Administração deve estar conforme todo o Direito, e não apenas com a lei.²⁰² Assim sendo, mostra-se ultrapassada a idéia de que o princípio da legalidade significa apenas a submissão da Administração Pública à lei em sentido estritamente formal, de acordo com a

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

¹⁹⁸ Art. 5º, II CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”

¹⁹⁹ Art. 37: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade [...]”

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102-105.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

²⁰² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

concepção ampla do princípio em estudo, a Administração também se encontra submissa aos valores e princípios implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico.²⁰³

6.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Este princípio não pode ser identificado de forma expressa em nenhum dispositivo constitucional isoladamente, porém, deve perpassar todo o sistema constitucional por ser inerente ao Estado de Direito.²⁰⁴ A Lei 9.784/99 o traz em seu artigo 2º, nos seguintes termos: “A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Como o ordenamento jurídico foi concebido face uma aspiração da sociedade por segurança ao saber o que deve ou pode fazer e quais as conseqüências de seus atos, nada mais lógico do que a segurança jurídica ser um dos princípios gerais do direito, informador de todos os ramos, aí incluído o direito administrativo, além de representar íntima ligação com o princípio da legalidade.²⁰⁵

O princípio da segurança jurídica, tal como afirma Giovani Bigolin, pode ser desdobrado em dois aspectos, um objetivo e um subjetivo, os quais são expressos da seguinte forma:

[...] 1) natureza *objetiva*, que envolve os limites à retroatividade dos atos do Estado, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. 2) natureza *subjetiva*, concernente à proteção à confiança das pessoas diante dos procedimentos e das condutas do Estado nos mais diferentes aspectos de sua atuação.²⁰⁶

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo**: direito público, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p.155-166, jun. 2009, p. 155.

²⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123.

²⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124.

²⁰⁶ BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

A mencionada natureza subjetiva, ao proteger a confiança das pessoas, acaba por diminuir o poder de a Administração Pública realizar alterações em seus atos dos quais resulte benefício para o administrado, mesmo que eivados de ilegalidade.²⁰⁷

6.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro pode este princípio ser compreendido sob um aspecto objetivo e outro subjetivo. Este tem relação com o agente e a sua confiança de que sua ação é correta, ao passo que aquele se relaciona à atuação segundo parâmetros de lealdade, honestidade.²⁰⁸

Ele foi trazido para o direito administrativo positivo com a Lei 9784/99 (artigo 2º, parágrafo único, IV²⁰⁹ e artigo 4º, II²¹⁰ - o primeiro dispositivo impõe a boa-fé à Administração Pública e o segundo aos administrados²¹¹), porém, já era utilizado antes disso. Na Constituição não há previsão expressa, contudo, é possível sua dedução de outros princípios constitucionais, tais como moralidade administrativa e exigência de probidade administrativa.²¹²

Ainda segundo Di Pietro, apesar de ser possível uma confusão entre os princípios da proteção à confiança e da boa-fé, eles não devem ser entendidos de forma una. Para ela, o princípio da boa-fé deve ser observado em ambos os pólos da relação jurídica administrativa, já o princípio da proteção à confiança diz respeito

²⁰⁷ BIGOLIN, Giovanni. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79-80.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 86.

²⁰⁹ Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...].

²¹⁰ Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: [...] II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; [...].

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo**: direito público, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p.155-166, jun. 2009, p. 159.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 86.

apenas à boa-fé do administrado, já que deve ser protegida a confiança de que a administração está agindo corretamente, obedecendo à lei e ao direito.²¹³

6.6 DEVER DE CONVALIDAR

Há discussão acerca do dever de invalidar ou convalidar os atos administrativos viciados. Alguns autores defendem que se deve optar pela invalidação para melhor preservar o princípio da legalidade, outros defendem que há discricionariedade da Administração na escolha entre convalidação e invalidação e outros, ainda, defendem que quando a convalidação é possível se torna obrigatória.

Os que defendem o dever de invalidação²¹⁴ do ato administrativo viciado baseiam-se no princípio da legalidade, que uma vez ferido deve ser restituído através da eliminação do ato maculado com o vício. Ocorre que nem sempre invalidação é a melhor escolha, já que tal princípio é igualmente restabelecido quando o ato é convalidado, com a correção do vício.²¹⁵

Quando um ato administrativo viciado pode conviver perfeitamente com o ordenamento jurídico se convalidado porque seu vício é de tal ordem que não representa um repúdio ao ordenamento, a convalidação mostra-se obrigatória porque além de restaurar a legalidade através da adequação ao ordenamento jurídico, também preserva a segurança jurídica, com a estabilização das relações jurídicas e a proteção à confiança dos administrados.²¹⁶ Outro princípio resguardado com a convalidação é o da boa-fé, já que evita que os administrados de boa-fé, se existentes, tenham sua situação agravada com a invalidação do ato.²¹⁷

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87.

²¹⁴ Neste sentido Hely Lopes Meirelles, Odete Medauar e Diógenes Gasparin

²¹⁵ “O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica seja restaurada pela extinção do ato inválido”. ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-65.

²¹⁶ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 469.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial 45.522-SP, que data de 14 de outubro de 1994 (antes mesmo da Lei de Processos Administrativos), traz, em sua ementa, a necessidade de atenuação do princípio da legalidade diante de outros princípios igualmente importantes como o da segurança jurídica e da boa-fé.

[...] II - na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários a perpetuação do estado de Direito. [...] ²¹⁸

Esclarecedor, neste sentido, também se mostra o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Napoleão Nunes Maia Filho na ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.339 – TO.

[...] É certo que a Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37 da CF), que impõe a anulação de ato que, embora emanado da manifestação de vontade de um de seus agentes, contenha vício insuperável, para o fim de restaurar a legalidade malferida. [...] No entanto, o poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no *princípio da segurança jurídica*, também de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na *convalidação dos efeitos produzidos*, quando, em razão de suas conseqüências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação). [...] ²¹⁹

Carlos Ari Sundfeld, ao se questionar sobre um possível dever de convalidar o ato administrativo inválido conclui que, em abstrato, se não existir uma lei que estipule a obrigatoriedade da convalidação, resta uma escolha discricionária por parte da Administração a respeito de sua conveniência. Isto não elimina, porém, para o autor, a possibilidade de haver vinculação quanto à convalidação diante das especificidades de um determinado caso concreto. Assim, para ele, a margem de discricionariedade altera-se dependendo das características do ato em questão. ²²⁰

Também João Antunes dos Santos Neto defende que há discricionariedade para que a Administração Pública escolher entre a convalidação e a invalidação desde que seja atendido da melhor forma o interesse público e observados os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. O autor acredita

²¹⁸ RESP 45.522 – SP – 1ª T., rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 17/10/1994, p. 27.865

²¹⁹ RMS 24.339 – TO – 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 17/11/2008.

²²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 74.

que “o dever invalidatório corresponde, na mesma intensidade, o dever de ação convalidatória dos atos viciados [...]”.²²¹ Da mesma forma compreende Fábio Nadal Pedro, pois, diante do caso concreto o administrador poderá avaliar se a invalidação do ato administrativo inválido causará mais dano à ordem jurídica que sua convalidação, não sendo possível falar em dever em um ou outro caso.²²²

Celso Antônio Bandeira de Mello²²³ e Weida Zancaner²²⁴ entendem que não há discricionariedade da Administração Pública para escolha quanto à convalidação ou não um ato administrativo eivado de vício sanável. Além da restauração de mais princípios que proporciona a invalidação, a obrigatoriedade da convalidação nos casos em que é possível deve prevalecer porque não há lei que confira discricionariedade ao Administrador Público para invalidar ou convalidar o ato, não sendo possível falar em discricionariedade em tais casos.²²⁵ A única exceção seria quanto ao vício de competência em ato discricionário, no qual caberia ao agente competente para a sua expedição decidir se convalida o ato ou o invalida por entender que não deveria ser constituído da forma que foi.

Há quem alegue, contra o dever de convalidação que o artigo 55 da Lei 9784/99 traz a convalidação como uma faculdade, porém, deve prevalecer o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual deve ser avaliada a constitucionalidade de tal dispositivo. Assim, quando princípios com status constitucional, como é o caso da legalidade (expresso) e da segurança jurídica (princípio geral de Direito), apontam para uma solução que seja mais adequada, no caso a convalidação, não há como o legislador infraconstitucional

²²¹ SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. ed., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 234.

²²² PEDRO, Fábio Nadal. Da desistência e outros casos de extinção do processo – da anulação, revogação e convalidação (arts. 51 a 54). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal de processo administrativo: Lei n. 9.784/99**. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 231.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 468.

²²⁴ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65-66.

²²⁵ “Destarte, se a discricionariedade é um poder e se todo poder, no Estado de Direito, deriva da lei, parece-nos lícito afirmar ser necessário, para configurá-lo, que a lei regule alguns de seus elementos – o que implica dizer que, para a configuração desta forma de atribuição de potestade, a lei tem de vincular o administrador a determinadas condições sem as quais o próprio poder inexistiria”. ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

abstraí-los e indicar outra direção que vá de encontro aos valores constitucionais que devem ser indubitavelmente respeitados.²²⁶

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 470.

7 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com o presente trabalho, uma sistematização da teoria geral do ato administrativo para a abordagem final da problemática acerca de sua convalidação, valendo-se, para tanto, de revisão bibliográfica da doutrina especializada.

Em relação ao conceito de ato administrativo, importante salientar que não há como selecionar um mais acertado que os demais, já que cada um dos apresentados, e ainda outros que aqui não foram expostos, estão corretos se interpretados de acordo com a visão de quem o construiu. Como bem disse Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito presta-se a fornecer o sentido no qual o autor toma o objeto de estudo, no caso, o ato administrativo, delimitando-o para uma maior compreensão.

Os elementos constituintes do ato administrativo mostram-se sujeitos a tanta controvérsia que há discussão até mesmo a respeito de qual seria a nomenclatura correta, se elemento, requisito ou aspecto. Superado isso, parece mais uma vez assistir razão a Celso Antônio quando diz que a divergência em relação ao número e conteúdo dos requisitos oriunda do agrupamento ou não de determinadas características sob mesmo requisito.

No que concerne aos planos de existência, validade e eficácia, resta claro que deve ser realizada a distinção entre eles e defendida a autonomia do plano da existência de modo que um ato administrativo possa existir inválido enquanto ainda não foi expulso do ordenamento ou convalidado. Dessa forma, a separação possibilita que o ato administrativo exista e não seja válido; exista, seja válido e emane efeitos; exista, seja válido e não emane efeitos...

A discussão acerca das invalidades mostrou-se importante na medida em que somente a corrente dualista, que defende a existência dos atos administrativos anuláveis, entende existir o instituto da convalidação tal como ele realmente deve ser entendido. Assim, mostrou-se necessário e útil todo o estudo empreendido na teoria geral dos atos administrativo, bem como do princípio da legalidade da segurança jurídica e da boa-fé para melhor compreensão do objetivo último do trabalho, qual seja, o dever de convalidar.

Se o princípio da legalidade, como norteador que é da Administração Pública deve ser restaurado diante de uma invalidade, não há nada que afirme que a restauração deva ocorrer com a invalidação do ato, já que com a convalidação também será expulsa a ilegalidade através da correção do vício. Acresce-se a isto o fato de que a convalidação também garante a proteção da confiança das pessoas, diante da presunção de legitimidade que possui os atos da Administração, e a preservação dos administrados de boa-fé que possam estar envolvidos. Dessa forma, não é possível entender que haja discricionariedade da Administração Pública²²⁷, pois, quando possível a convalidação ela se torna obrigatória; não sendo possível, obrigatória será a invalidação do ato.

²²⁷ Somente haverá discricionária no caso de ato discricionário maculado com vício de competência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Perfeição, validade e eficácia do ato administrativo**. Disponível em: <http://www.celc.com.br/comentarios/117.html>. Acesso em 15/09/2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Constituição Federativa da República do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de março de 1999.

BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de julho de 1965, republicada em 08 de abril de 1974.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2005-2008.

_____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: CÂMARA, Jacintho de Arruda et al. **Estudos de direito administrativo em homenagem ao prof. Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos**: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. 164f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: teoria do ato administrativo. 2.ed. atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2006.

D'ABRIL, Alfredo Enéias G. **Ato administrativo**. Bauru: EDIPRO, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo**: direito público, Belo Horizonte, v. 9, n. 100 , p.155-166, jun. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Convalidação: uma célere visão da prática. **Fórum administrativo: direito público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 60, p.6806-6807, fev. ,2006.

FERRAZ Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu; SILVA, Virgílio Afonso da. **Processo administrativo**. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo**: presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 7. ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: MACHADO, João Baptista de. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALACHINI, Edson Ribas. **Ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 1990.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardo de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7. ed., rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1: Introdução.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. **O prazo para a administração pública federal rever seus atos no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: S.E., 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEDRO, Fábio Nadal. Da desistência e outros casos de extinção do processo – da anulação, revogação e convalidação (arts. 51 a 54). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal de processo administrativo: Lei n. 9.784/99**. 2. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. Limite à invalidação dos atos administrativos: princípio da segurança jurídica. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (Org.). **Curso modular de direito administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, Porto Alegre: EMAGIS, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 3. ed., Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1970.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. ed., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e direito da Administração Pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de processo administrativo da União. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 02, abril/maio/junho 2005.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.